# STUDI

DI

# Diritto Romano e di Diritto Civile

PER L'AVVOCATO

**GIOVANNI RONGA**

PROFESSORE STRAORDINARIO D'ISTITUZIONI DI DIRITTO ROMANO

NELLA R. UNIVERSITÀ DI TORINO

---

**Estratto dal giornale LA LEGGE, Parte III**

---

ROMA,
STABILIMENTO G. CIVELLI
Foro Trajano, 37

1874

PROVINCIA DI TORINO
BIBLIOTECA
Legato Anselmi
OA. - b
337

# STUDI

DI

# Diritto Romano e di Diritto Civile

PER L'AVVOCATO

**GIOVANNI RONGA**

PROFESSORE STRAORDINARIO D'ISTITUZIONI DI DIRITTO ROMANO

NELLA R. UNIVERSITÀ DI TORINO

---

**Estratto dal giornale LA LEGGE, Parte III**

---

ROMA,
STABILIMENTO G. CIVELLI
Foro Trajano, 37

1874.

PROVINCIA DI TORINO
BIBLIOTECA

# Riflessi intorno alla trasmissione del fondo enfiteotico.

## I.

### Secondo il Diritto romano.

1. La costituzione di una enfiteusi origina sempre due distinti diritti sopra il fondo enfiteotico.

Havvi da una parte il diritto del concedente, il quale è lo stesso diritto di proprietà che preesisteva all'enfiteusi, con quelle modificazioni però che risultano da questo rapporto giuridico (1). E varie sono le sue manifestazioni, fra le quali il principale luogo spetta al canone enfiteotico, che appartiene alla essenza della enfiteusi, nello stesso modo che il prezzo e la mercede fittuaria sono elementi essenziali della compra-vendita e della locazione-conduzione (2).

Dall'altra parte si incontra il diritto del concessionario, il quale non può considerarsi che come un diritto reale su cosa altrui (3), malgrado che conferisca un potere giuridico sulla cosa che al dominio molto si avvicina. E veramente è risaputo in diritto come la proprietà della stessa cosa non possa spettare a più persone *in solidum* (4).

2. Sì l'uno che l'altro di questi due diritti si trasmettono senza dubbio per via di successione universale, non essendo essi inerenti alla persona in guisa che debbano perire quando questa vien meno.

Ed è oramai ugualmente incontrovertibile che si possono trasmettere anche in forza di un titolo singolare, siccome fu espressamente disposto quanto al diritto dell'enfiteuta (5),

a fine di risolvere i dubbî che tra gli antichi erano a questo riguardo insorti. Deve però eccettuarsi il caso che l'alienazione sia interdetta dal titolo costitutivo della enfiteusi, avvegnachè, come per tutto ciò che riguarda l'enfiteusi in generale (6), così anche per ciò che spetta l'alienazione dei diritti che in essa si riscontrano, deve principalmente starsi alle disposizioni del titolo costitutivo (7).

3. Ma nel silenzio del titolo, gravi sono le differenze che intercedono fra il diritto del concedente e quello del concessionario, quanto è alla loro trasmessibilità per un atto a titolo singolare.

4. Il diritto del proprietario può essere liberamente trasmesso in qualsivoglia persona; nè è in facoltà dell'enfiteuta di ciò impedire invocando un diritto di preferenza. Infatti la legge non sottopone a restrizione di sorta la trasmessibilità di questo diritto, e d'altra parte non è lecito trarre argomento da ciò che trovasi disposto per il diritto dell'enfiteuta, sì perchè non ricorre il fondamento della interpretazione estensiva, sì perchè trattasi di materia che appartiene al diritto singolare.

5. Ma così non sta la cosa quanto al diritto dell'enfiteuta, perciocchè la trasmissione di esso a titolo singolare sia vincolata da due maniere di limitazione (8).

*A*) Innanzi tutto il diritto può essere trasmesso solamente in una persona *idonea*, tale cioè che offra le stesse garanzie che l'alienante, quanto è specialmente al pagamento del canone (9). Imperocchè sia parso che senza esorbitare dai principî di ragione non si potesse far lecito all'enfiteuta di sostituirsi altri che al pari di lui non fossero meritevoli di fiducia.

*B*) Secondamente la traslazione, prima che sia divenuta perfetta, deve essere denunciata al proprietario (10) sotto pena di decadenza, la quale in verità non ha luogo contro la volontà di lui, ma deve essere pronunciata tuttavolta che siavi la sua istanza (11).

Il proprietario poi deve entro il termine di due mesi riconoscere il successore come enfiteuta (12), ma nello stesso tempo ha il diritto di conseguire dal successore me-

desimo il pagamento del laudemio, cioè a dire della cinquantesima parte del prezzo, ovvero del valore di stima nel caso che l'atto giuridico sia tale da non richiedere il prezzo (13).

Però trattandosi di *vendita* del diritto enfiteotico, il proprietario può rinunziare al laudemio, esercitando in quella vece, nel termine ora detto, il diritto di preferenza, per il quale è in facoltà di comperare il diritto enfiteotico, ad esclusione di ogni altro, offrendo all'enfiteuta le stesse condizioni che da altri gli furono proposte (14).

6. Ora avvenendo la traslazione di questi diritti niuno non vede come nel successore, sia esso a titolo universale ovvero a titolo particolare, trapassino anche le facoltà e gli oneri che vi sono inerenti. Per cui al successore spetta indubbiamente secondo la diversità dei casi, il diritto al canone (15), e l'obbligo di prestarlo.

E quanto al diritto dell'enfiteuta in particolare è da avvertire, che la trasmissione di esso in forza di un titolo singolare libera l'antico enfiteuta ed i suoi eredi dall'obbligo del pagamento del canone. Veramente a prima giunta può sembrare che la cosa non possa essere così, perocchè sia regola che nessuno possa sottrarsi all'adempimento delle obbligazioni assunte, mediante un atto della sua sola volontà (16). Ma, come si disse, è da tener per fermo che succede la liberazione dell'antico enfiteuta, avvegnachè sia nella natura della enfiteusi che l'obbligo del pagamento del canone sia compagno del possesso del fondo enfiteotico. Ed egli è ciò che dicono assai apertamente le fonti, quando chiamano il successore singolare col nome di *nuovo enfiteuta*, e dispongono inoltre che il diritto enfiteotico possa essere alienato solamente alle persone che siano *idoneæ ad solvendum canonem* (17).

7. Ciò essendo, quando altri subentri solamente in una parte del diritto del proprietario o dell'enfiteuta, è da tener per fermo che anche in proporzione dell'acquisto trapassano in esso il diritto al canone, ovvero l'onere di prestarlo. E veramente trattasi di cose che sono eminentemente divisibili. Onde ponendo, a modo d'esempio, che il

proprietario venda la metà del fondo enfiteotico, ovvero che ad esso succedano due eredi che fra di loro dividono il fondo stesso in parti uguali, è da dire che il diritto al canone, passa per metà nel compratore nel primo caso, ed appartiene agli eredi per metà caduno, nel secondo caso.

Per verità havvi una opinione molto accreditata la quale insegna che la prestazione del canone deve tenersi in conto di indivisibile, di guisa che il proprietario abbia diritto di conseguire l'intiero canone da ciascuno dei possessori delle porzioni del fondo enfiteotico (18). L'esazione del canone, dicono i fautori di questa opinione, riesce più incomoda e difficile laddove esso resti diviso fra più persone, per cui il canone deve reputarsi come cosa *individua solutione* per volontà delle parti. Che anzi, soggiungono costoro, a propriamente parlare la prestazione del canone è sotto un certo rispetto indivisibile per propria natura, perocchè mira esso a riconoscere il dominio, e questo non può essere riconosciuto in parte solamente. Egli è perciò, osservano da ultimo, che nel giudizio *comuni dividundo* è fatto divieto al giudice di ripartire il fondo enfiteotico fra i diversi condividenti (19).

Ma questa opinione parmi non sia da ammettere. Diffatti ponendo anche che la volontà delle parti possa rendere indivisibile *solutione*, una obbligazione per sua natura divisibile, certo è tuttavia che a tale effetto non può bastare l'incomodo che può risultare dalla divisione del pagamento, perocchè altrimenti quasi tutte le obbligazioni sarebbero indivisibili *solutione*. Tanto più perchè la divisione di un debito in generale, e del debito di un canone enfiteotico in particolare, reca sotto alcuni rispetti considerevoli vantaggi al creditore. Nè vale il dire che la indivisibilità discende ad ogni modo dallo scopo cui mira il canone, essendo ovvia la risposta che data la divisione del fondo enfiteotico fra più possessori, il dominio del concedente non deve essere riconosciuto da ciascheduno di essi se non in quanto colpisce la parte del fondo che detiene. Infine non sta vero che la indivisibilità sia dichiarata dalle fonti, perocchè il testo che s'invoca deve inten-

dersi in ordine al caso in cui l' enfiteusi sia stata costituita in favore di più persone, le quali congiuntamente si siano obbligate al pagamento del canone senza alcuna limitazione (20).

8. Dalle quali cose risulta anche a mio avviso la conseguenza, che una volta diviso il diritto enfiteotico, la risoluzione di esso per l' inadempimento della obbligazione di pagare il canone, può essere domandata ed avere effetto solamente in confronto di colui che contravvenne alla medesima. Vero è che per tal modo il proprietario ripiglierà solamente una parte del fondo dato in enfiteusi. Ma è questa una eventualità alla quale volontariamente si è esposto, costituendo l'enfiteusi senza convenire o disporre che la risoluzione parziale non possa aver luogo (21).

## II.

### Secondo il Codice civile.

9. L'enfiteusi, entrando, dopo lunghi e vivi contrasti, nella famiglia degli instituti riconosciuti dal codice italiano, ha conservato la primitiva sua natura. Imperocchè richiede ancora il canone come elemento essenziale (22), e dà vita ai medesimi diritti che abbiamo riscontrato nella enfiteusi romana (23). Furono però indotti nuovi regolamenti a fine principalmente di porre questo instituto in armonia colle esigenze del pubblico interesse.

10. Fra questi regolamenti sono senza dubbio da porre quelli, per i quali furono tolti di mezzo i vincoli che prima inceppavano la trasmessibilità del diritto del concessionario, trovandosi a questo riguardo stabilito che l'enfiteuta possa, non ostante qualunque patto contrario, disporre sì per atto tra vivi, che per atto d' ultima volontà, del fondo enfiteotico, e che per la trasmissione di questo non sia dovuta nissuna prestazione al concedente (24). Per cui è vero il dire che il diritto dell'enfiteuta è ormai

liberamente trasmissibile nello stesso modo che il diritto del concedente.

11. Or lo scopo che la legge si propone proclamando la libera trasmissibilità del diritto del concessionario, non sarebbe che a metà raggiunto, se l'obbligazione personale di pagare il canone continuasse a stringere l'antico enfiteuta dopo l'alienazione per esso fatta. E veramente niuno non vede come la persistenza della obbligazione personale a carico dell'alienante, incaglierebbe non poco quella libera circolazione del fondo enfiteotico che è nei voti della scienza e della legge. Laonde è da tener per fermo che l'alienazione del diritto enfiteotico, anche di fronte al diritto attuale libera l'enfiteuta dall'obbligazione personale di pagare il canone (25). Tanto più perchè sono sufficiente garanzia per il proprietario, il privilegio che gli è attribuito sopra i frutti del fondo enfiteotico per il credito dei canoni (26), ed il diritto che gli spetta di chiedere la devoluzione del fondo medesimo per l'inadempimento delle obbligazioni che all'enfiteuta incombono in ordine al canone ed alla conservazione della cosa (27).

12. Ciò essendo, trovano anche presentemente applicazione i principî che valevano nel diritto romano per il caso in cui il fondo enfiteotico venga diviso fra più possessori (28). Veramente si oppone che anche la obbligazione divisibile naturalmente, sia oggi espressamente dichiarata indivisibile, quando dalla natura della obbligazione, o della cosa che ne forma l'oggetto, o dal fine che si è avuto in mira nel contratto, risulti essere stata intenzione dei contraenti che il debito non potesse soddisfarsi parzialmente (29). Ma io non so scorgere come applicando questi criterî, si possa venire alla conseguenza che l'obbligo di pagare il canone si debba reputare indivisibile (30).

# NOTE

(1) Le fonti chiamano sempre il concedente col nome di *dominus* (*Inst.*, § 3, *de locat.* — LL. 1, 2, 3, C. *de jure emph.*

(2) Donello, vol. 2, pag. 1342, ediz. fior. — Serafini, *Inst. di dir. rom.*, vol. I, pag. 227. — Contr., Windscheid Lehrbuch, *Des Pandektenrechts*, Ers. Band., S. 630, § 220, not. 4.

(3) Fr. 3, § 4, D. *de reb. civ. qui sub. tut.* — Fr. 71, § 6, D. *de legat.*, I — Fr. 1, § 1, D. *si ager vec.* — Di coloro che nel diritto dell' enfiteuta ravvisano una specie di dominio si oppone la legge 12, C. *de fund. patr.*, la quale dice così — ....*licentia eis* (*possessoribus vel emphyteuticariis patrimonialibus*) *concedenda etiam libertates mancipiis ex fundis patrimonialibus atque emphyteuticariis, cum fundorum* domini *sint, praestare*.... — Ma questa legge vuolsi riferire al caso in cui il concessionario abbia acquistato il dominio anzichè un semplice diritto reale su cosa altrui (arg. L. 4, C. *eod.*, V. Savigny, *De la posses.*, pag. 101, 7ª ediz., trad. Staedler).

(4) Fr. 5, § 15, D. *commod.* — ....*Duorum quidem vel in solidum dominium vel possessionem esse non posse.*

(5) L. 3, C. *de jure emph.*

(6) L. 1, 2, C. *de jure emph.*

(7) L. 3, C. *de jure emph.* — Il principio enunziato nel testo trovasi proclamato solamente quanto al diritto dell'enfiteuta, ma non dubito che debba valere anche per il diritto del proprietario.

(8) Secondo alcuni queste limitazioni non risguarderebbero le trasmissioni che si fanno per atto di ultima volontà a titolo singolare, e più specialmente in forza di un legato. Ma i termini della legge parlano generalmente di traslazione del diritto enfiteutico senza distinzione alcuna, e d'altra parte anche per le trasmissioni che si fanno *mortis causa* a titolo singolare valgono le stesse ragioni che per quelle le quali si operano per un atto fra vivi.

(9) L. 3, C. *de jure emph.* — ....*vel si jus emphyteuticum ad personas non prohibitas sed concessas et* idoneas *ad solvendum canonem, trasponere emphyteuta maluerit*.... — Non sonovi per-

sone per legge dichiarate incapaci di acquistare il diritto enfiteutico. Havvi bensì chi pensa doversi estendere alla enfiteusi le incapacità, onde rispetto alla locazione-conduzione sono colpiti i curiali ed i soldati (L. 20, 31, C. *locat. cond.*). Ma non può ammettersi questa estensione, specialmente perchè la enfiteusi è altra cosa che la locazione-conduzione. Onde resta che sotto il nome di persone *proibite* si intendano quelle alle quali il titolo costitutivo vieta che sia trasferito il diritto enfiteutico.

(10) L. 3, C. *de jure emph.* — *....minime licere emphyteutae sine consensu domini jus emphyteuticum trasferre....*

(11) L. 3, C. *de jure emph.* — *....Sin autem aliter fuerit versatus quam constitutio nostra disposuit*, jure emphyteutico cadat. — La legge contempla il caso che sia stato trasferito l'intiero diritto enfiteutico. Pare però che nel caso di alienazione di una parte del diritto debba la decadenza essere limitata alla porzione alienata (arg. Fr. 14, 25, D. *quib. mod. usufr. amit.* — Voet, lib. 6, tit. 3, n. 22).

(12) L 3, C. *de jure emph.* — *....Necessitatem autem habere dominos, si jus emphyteuticum ad personas idoneas emphyteuta trasponere maluerit, non contradicere, sed novum emphyteutam in possessionem suscipere, non per procuratorem vel conductorem sed ipsos dominos per se, vel par literas suas.... Sin autem inter duos menses hoc facere supersederit, licere emphyteutae etiam non consentientibus dominis ad alios jus suum transferre.*

(13) L. 3, C. *de jure emph.* — Il laudemio non è dovuto se entro il termine di due mesi il proprietario non riconosce il nuovo enfiteuta, avvegnachè esso sia quasi un compenso di questa ricognizione. Pensano alcuni che esso non sia neanco dovuto quando la trasmissione del diritto enfiteutico si opera in forza di una donazione o di un legato. Ma a questa opinione resistono i termini e la ragione della legge. D'altra parte non valgono a confortarla il Fr. 71, § 6, D. *de legat.*, 1, e la L. 1, C. *de fundis patrim.*, perocchè tali testi si limitano a riconoscere nell'enfiteuta la facoltà di disporre del suo diritto a titolo di legato e di donazione. Per verità il pagamento del laudemio non occorre nelle trasmissioni che si fanno per via di successione ereditaria. Ma egli è perchè allora giuridicamente non succede un cambiamento nella persona dell'enfiteuta.

(14) L. 3, C. *de jure emph.* — *....Minime licere emphyteutae sine consensu domini meliorationes suas vendere, vel* jus emphyteuticum *transferre. Sed ne hac occasione accepta, domini minima concedant emphyteutas suos accipere pretium meliorationum quae invenerunt, sed eos deludant, et ex hoc commodum emphyteutae depereat, disponimus attestationem domino trasmitti et praedicere quantum* pretium *ab alio accipi potest. Et si quidem dominus* hoc *dare moluerit et tantam praestare quantitatem quantam ipsa revera emphyteutae ab alio accipere potest, ipsum dominum omnimodo* haec *comparare.*

Da questo testo appare che il diritto di preferenza compete anche nella vendita del diritto enfiteutico, e non solamente nella vendita dei miglioramenti. Ma esso chiarisce nello stesso tempo che quel diritto non ha luogo trattandosi di altri atti giuridici, come la donazione, la permuta, il legato, per cui parmi destituita di fondamento la opinione secondo la quale il proprietario potrebbe impedire anche questi altri atti, offerendo la stima del diritto enfiteutico (Cs. Vinnio, *Quaes. Selec.*, lib. II, cap. II).

(15) Però sarebbe valido il pagamento del canone fatto in buona fede a mani dell'antico proprietario (arg. Fr. 136, D. *de reg. jur.* — Fr. 12, § 2 — Fr. 18 — Fr. 34, § 3 — Fr. 38, § 1, *de solut. et lib.*

(16) Fr. 35, D. *de reg. jur.* — *Nihil tam naturale est, quam eo genere quidquid dissolvere, quo colligatum est* — (Cs. Fr. 100, 153, *eod.* — L. 1, C. *quand. loc. ab emt. reced.*

(17) L. 3, C. *de iure emph.* — Una recente sentenza di una delle Corti supreme di cassazione (Palermo, 10 gennaio 1874) giustifica questa opinione, anche di fronte al Diritto romano, osservando, che il contratto di enfiteusi intanto non fu riguardato nè come compra-vendita, nè come locazione, in quanto era essenzialmente ed unicamente un *contratto reale*. Ma se è vero che il contratto di enfiteusi aveva una particolare natura per la quale era distinto dalla vendita e dalla locazione, è invece un grave errore il dire che fosse desso un contratto *reale*, certo essendo che apparteneva alla famiglia dei contratti consensuali.

Del resto se l'alienazione fosse stata fatta *irrequisito domino*, l'alienante non rimarrebbe sciolto dall'obbligazione personale, per la massima — *dolus pro possessione est.* (arg. Fr. 131, C. *de reg. iur. cond.* — Fabro, C., lib. IV, tit. 43, def. 6, n. 19 e def. 56.

(18) Voet, lib. VI, tit. III, nn. 37, 38.

(19) Fr. 7, D. *com. divid.* — *Comuni dividundo iudicium locum habet et in vectigali agro. Vectigalis ager an regionibus dividi possit, videndum? Magis autem debet iudex abstinere huiusmodi divisione: alioquin praestatio vectigalis confundetur.*

(20) Cs. Fabro, C., lib. IV, tit. 43, defin. 10, 39, 41. — Questo scrittore pensa che il Fr. 7, citato nella nota precedente, non imponga una regola obbligatoria per il giudice. Ma i termini usati dal giureconsulto mi pare che contrastino a questa opinione.

(21) Ciò tanto è vero che i fautori della indivisibilità della prestazione del canone, ammettono la risoluzione parziale nel caso che *irrequisito domino* sia stata alienata una parte sola del fondo enfiteutico (Voet, loc. cit., n. 22).

(22) Cod. civ., art. 1556.

(23) Il legislatore designa talvolta il diritto dell'enfiteuta col nome di *dominio utile* (art. 29, dispos. trans.), è però questa una designazione impropria, sebbene abbia per sè l'autorità di una lunga pratica.

(24) Cod. civ., art. 1557, 1562. Le enfiteusi costituite sotto l'impero delle leggi anteriori continuano ad essere regolate dalle leggi medesime (art. 29, dispos. trans.). Però questa regola patisce eccezioni, fra le quali è da porre questa, che il diritto enfiteutico sarebbe alienabile, malgrado che l'alienazione fosse vietata dal titolo costitutivo (V. C. S. Palermo, 10 gennaio 1874; *Bett.*, XXVI, 1, 82 — App. Casale, 7 gennaio 1851; *Bett.*, III, 2, 21 — Fabro, C., lib. IV, tit. 43, def. 9 — Lavori della Commiss. legislativa in ordine alle disposizioni transitorie per l'attuazione del codice civile.

(25) Cass. Palermo, 16 agosto 1873; *Bett.*, XXV, 1, 658 — Id., 10 gennaio 1874; *Bett.*, XXVI, 1, 82 — Contr., Catania 1 ottobre 1872; *Bett.*, XXIII, 2, 910.

(26) Cod. civ., art. 1958, n. 2.

(27) Cod. civ., art. 1565.

(28) App. Palermo, 12 luglio 1866; *Bett.*, XX, 2, 524 — Cons., Cass. Milano, 2 settembre 1863; *Bett.*, XV, 1, 885.

(29) Cod. civ., art. 1205, n. 3 — App. Genova, 1 aprile 1862; *Bett.*, XIV, 2, 524 — App. Casale, 27 luglio 1863; *Bett*, XV, 2, 556.

(30) Può con maggior fondamento dubitarsi — se possa essere luogo alla risoluzione solamente parziale nel caso che uno od alcuni dei possessori del fondo enfiteutico commettano una di quelle contravvenzioni che danno luogo alla devoluzione — se in secondo luogo possa operarsi il riscatto di una parte sola del fondo. Sembrami però che si all'una che all'altra di queste questioni debba darsi risposta affermativa, così richiedendo il principio della naturale divisibilità del diritto enfiteutico, principio del quale non può diniegarsi l'applicazione sul fondamento della volontà delle parti, avvegnachè la devoluzione od il riscatto parziale non rechino danno al proprietario. Nè quanto alla redenzione, si può argomentare da ciò che la legge dispone in tema di riscatto nella compra-vendita (articoli 1523, 1524), scorgendosi facilmente come i due casi non siano del tutto analoghi. Difatto il riscatto parziale del fondo venduto lascierebbe a mani del compratore una parte sola del fondo, la quale egli forse non avrebbe comprato, dovecchè la redenzione parziale del fondo enfiteutico converte solamente una porzione del canone in un capitale corrispondente.

## Dell' estinzione dei privilegi e delle ipoteche come conseguenza di avvenimenti che colpiscono la cosa gravata.

### I.

#### Secondo il Diritto romano.

1. Come i diritti reali in generale (1), così anche il diritto di ipoteca costituito sopra una cosa corporale, si estingue per il deperimento fisico della cosa medesima (2), non che per il di lei deperimento giuridico, il quale ha luogo quando la cosa conserva bensì la sua fisica esistenza, ma perde la capacità di essere obbietto dei diritti privati (3). La ragione è che i diritti di questa specie presuppongono come condizione essenziale una cosa sottoposta alla nostra potestà giuridica totale o parziale.

2. La stessa regola vale per l'ipoteca costituita sopra una cosa incorporale, cioè a dire sopra un diritto reale frazionario, ovvero sopra una ragione di credito soggetta a condizione risolutiva. Ciò val quanto dire che anche in questi casi la ipoteca perisce, se viene meno il diritto reale od il credito che essa colpisce (4), trovando allora applicazione la massima: — *Nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse haberet* (5).

Però a tale effetto è mestieri che il diritto vincolato venga meno per cause diverse *dalla confusione*. Imperocchè se la causa onde risulta la estinzione di quel diritto consiste nella confusione, il diritto medesimo, più non sussiste come tale, ma materialmente, e quanto è agli effetti

dell'ipoteca, continua ancora ad esistere (6). Onde, a modo d'esempio, l'ipoteca costituita sopra un diritto reale di enfiteusi, perdura sì nel caso che il proprietario del fondo enfiteutico subentri per via di successione nel diritto dell'enfiteuta, come nel caso in cui l'enfiteuta acquisti la proprietà del fondo medesimo (7). Similmente la ipoteca stabilita sopra un credito non cessa per ciò solo che il creditore succeda al debitore o viceversa (8).

3. In tutti i casi poi il deperimento delle cose gravate non importa la estinzione della ipoteca se non quando essa sia totale. Imperocchè se è deperita una parte sola della cosa, l'ipoteca trova ancora un obbietto idoneo nella parte che rimane. Ond' è che la ipoteca stabilita sopra una casa, la quale poi è demolita, non si estingue, ma continua sull'area (9). Similmente la ipoteca imposta sopra una università di cose, dura, non ostante che sieno periti alcuni degli individui che la componevano, ponendo anche che i capi superstiti non sieno per se soli sufficienti a costituire quella data università (10).

4. Per un motivo analogo l'estinzione della ipoteca *di regola* non risulta dal solo cambiamento della forma della cosa vincolata. Così a modo d'esempio, l'ipoteca costituita sopra un campo non cessa per ciò che questo sia stato ridotto a vigna (11), e l'ipoteca che colpisce una casa, continua dopo la demolizione di essa, sui materiali onde constava, non potendo certamente fare ostacolo la natura di cose mobili che hanno assunta (12).

Dissi *di regola*, perchè veramente havvi un caso nel quale la trasformazione opera la estinzione della ipoteca. Questo caso si verifica quando dalla trasformazione è risultato una nuova specie, la quale non può più ripigliare la primitiva forma (13). Egli è perchè allora la cosa è dalle nostre fonti considerata come giuridicamente perita, malgrado che non sia distrutta la sua sostanza fisica (14).

5. Che se il deperimento della cosa provenga da cause onde risulti in favore del proprietario un'azione a fine di conseguire una indennità da colui che ne è responsabile, il diritto d'ipoteca cessa bensì quanto alla cosa stessa, ma

questo colpisce la ragione di credito cui il suo deperimento ha dato origine. Questo principio per verità è dalle fonti espressamente affermato quanto è all'azione vindicatoria (15). Nè havvi plausibile motivo per il quale non possa valere quanto all'azione ipotecaria, essendo conforme alla ragione naturale che chi ha un diritto di proprietà sopra una cosa, od il diritto al valore di essa, si trasporti sopra ciò che la rappresenta nel caso in cui sia deperita (16).

6. L'estinzione della ipoteca per il deperimento fisico della cosa, è sempre irrevocabile, perchè mai non può essere che la cosa che si vede materialmente distrutta venga di bel nuovo ad esistere. Nè osta che l'ipoteca sopra una casa, la quale poi è distrutta, colpisca ancora la casa che nuovamente sia costrutta sopra l'area medesima (17), scorgendosi facilmente come ciò avvenga, non già perchè l'oggetto dell'ipoteca sia stato ripristinato, ma piuttosto perchè l'ipoteca, durando quanto all'area, si estende anche alla casa sovra di essa costrutta, come quella che è un suo accessorio (18).

Ma è anche irrevocabile l'estinzione della ipoteca che risulti dal deperimento giuridico, sebbene in seguito la cosa gravata riacquisti la capacità dei diritti privati (19).

## II.

### Secondo il Codice civile.

7. Anche il codice civile italiano proclama espressamente il principio che la distruzione delle cose corporali dà luogo alla estinzione dell'ipoteca, e quindi anche del privilegio cui essa era soggetta (20). Nè è da dubitare che lo stesso principio debba valere quanto al deperimento giuridico, avvegnachè l'ipoteca ed il privilegio possono colpire solamente cose che siano nel commercio degli uomini (21).

8. Nè diversamente si deve rispondere quanto alla ipoteca costituita sopra un diritto soggetto a risoluzione, trovandosi dichiarato che coloro i quali hanno sull'immobile

un diritto risolvibile in casi determinati, o dipendente da titolo annullabile, non possono costituire che un' ipoteca soggetta alla medesima eventualità, ad eccezione dei casi in cui sia disposto che la risoluzione o la rescissione non possa essere operativa a danno dei terzi (22).

Se non che, anche di fronte al diritto attuale devesi dire, secondochè io credo, che l'ipoteca costituita sopra un dritto reale frazionario non si estingue per il fatto della confusione, cioè a dire della riunione del diritto medesimo alla proprietà (23).

La qual cosa avvenendo, si domanda se l'ipoteca si estenda anche al diritto di proprietà. Or sembrami che a questa inchiesta debbasi dare risposta negativa, perciocchè il diritto di proprietà non possa considerarsi come un accessorio del diritto reale frazionario; per cui non può trovare applicazione la regola secondo la quale l'ipoteca costituita sopra una cosa, si estenda anche alle accessioni della medesima, senza distinzione fra quelle che già esistevano al tempo della nascita dell'ipoteca e quelle che siano sopravvenute dopo (24).

9. Trattandosi di immobili, certo è che la cauzione reale sovra di essi stabilita, non viene meno per il mero cambiamento che abbiano subito nella forma, perciocchè a tale effetto si richiede la *distruzione* dell'immobile stesso.

Ciò essendo, e non incontrandosi d'altra parte nessuna particolare disposizione che determini gli effetti della trasformazione subìta da una cosa mobile colpita da un privilegio speciale, per la ragione dell'analogia, è da tener per fermo che anche in questo caso la trasformazione non dà luogo all'estinzione del privilegio. La qual cosa è anche ragionevole poichè non sarebbe guari conforme alla equità che il privilegio imposto sopra un oggetto mobile andasse perduto solo per questo che la forma dell'oggetto stesso ha subìto un cambiamento. Per verità si oppone che ciò che qualifica la cosa sotto il punto di vista del diritto non è tanto la materia di cui consta, quanto la loro forma esteriore (25), onde risulterebbe che una volta mutata questa forma, deve la cosa considerarsi come giuridicamente pe-

rita. Ma questo obbietto non ha forza alcuna, apparendo da parecchie disposizioni come di fronte alla legge attuale la persistenza della sostanza fisica di una cosa sia in generale valevole a mantenere in vita i diritti che sovra di essa competevano, senza riguardo ai cambiamenti della forma (26).

Però la regola, ora posta che la trasformazione di una cosa mobile non importa la estinzione del privilegio onde essa era affetta, va soggetta ad eccezione nel caso in cui la cosa, per effetto della trasformazione, abbia assunto la natura di oggetto *immobile* per sua natura, siccome avviene quando essa sia stata materialmente annessa ad un immobile (27). Nel qual caso il privilegio si estingue veramente, perocchè, per ragioni di convenienza, siasi vietato nel modo il più assoluto di procedere al pignoramento dei mobili materialmente annessi ad un immobile, e dalla legge reputati immobili (28).

Del resto, la regola medesima conserva il suo impero per il caso in cui la cosa mobile colpita dal privilegio sia divenuta immobile per destinazione del proprietario, trovandosi disposto che ciò nullameno possa la cosa essere pignorata per i *crediti privilegiati* (29).

11. Succede talvolta che rimanga inalterata la sostanza fisica di una cosa, e che ciò nullameno resti estinta la cauzione reale sopra di essa stabilita.

12. Ciò ha innanzi tutto luogo quanto all'*ipoteca*, se la cosa vincolata, che era immobile per sua natura o per destinazione del proprietario, sia divenuta mobile per la separazione dall'immobile, al quale era fisicamente o giuridicamente unita. Egli è perchè secondo il diritto attuale le cose mobili non sono suscettive del vincolo ipotecario (30).

Se non che a questo riguardo corre una grave differenza fra quelle cose che sono naturalmente destinate ad essere separate dall'immobile al quale sono unite, come i frutti, e le cose che non hanno questa destinazione. Diffatti la separazione delle prime non può essere impedita dal creditore ipotecario, perocchè il debitore conservi l'ammi-

nistrazione del fondo, e la percezione o, il che fa lo stesso, la vendita dei frutti di questo sia appunto un atto che entra nella cerchia di tale amministrazione (31). Che anzi la separazione deve considerarsi come avvenuta dal dì della vendita, benchè non sia stata ancora materialmente eseguita, essendo oramai una verità giuridica incontroversa che i frutti si hanno come già percetti, benchè siano tuttora pendenti, quanto è alle disposizioni della legge o dell'uomo (32). Per cui sin dal dì dell'alienazione l'ipoteca sparisce quanto ai frutti, e non può per conseguenza venire esercitata nemmeno sul prezzo della vendita.

Dove si tratti invece di cose che non siano naturalmente destinate ad essere separate, il creditore ipotecario può impedirne la separazione invocando il diritto che gli spetta di provvedere alla conservazione della sua garanzia (33). E così, a modo d'esempio, potrà il creditore opporsi all'atterramento delle piante di alto fusto e delle case esistenti nel fondo ipotecato (34).

13. Secondamente, tuttavolta che alla esistenza di un privilegio sopra una cosa mobile è condizione essenziale il possesso della cosa medesima, il vincolo reale si estingue perdendosi il possesso. Tale è il privilegio che nel caso di pegno espresso è attribuito al creditore sui mobili oppignorati (35). Dicasi lo stesso dei privilegi che sono fondati sul pegno tacito, quali sono quelli che competono per i crediti delle spese fatte per la conservazione o per il miglioramento dei mobili, per i crediti delle spese di trasporto, di dogane e di dazio, i crediti per le somministrazioni e le mercedi dell'albergatore, e infine per i crediti che dipendono dal contratto di locazione conduzione (36).

Se non che appena occorre avvertire che in questi casi la estinzione del privilegio risulta solamente dalla perdita volontaria del possesso, perocchè se questa perdita fosse conseguenza di un'altra causa, come a modo d'esempio di una sottrazione, resta escluso il tacito consenso del creditore, per cui questi sarebbe in diritto di reclamare gli oggetti colpiti dal privilegio (37).

E in questi casi il privilegio resta estinto assolutamente, di guisachè sarà bensì lecito alle parti di ricostituire il pegno, e fare così rivivere il privilegio, ma sarà necessario che nel momento in cui si addiviene a questa convenzione, concorrano tutte le condizioni necessarie. Laonde se in questo momento il debitore si trovava nello stato di cessazione dei pagamenti, il pegno novellamente costituito cadrà sotto l'impero delle leggi che in questa ipotesi determina gli effetti delle convenzioni di questa natura, malgrado che queste disposizioni non siano applicabili al pegno antico (38). E veramente poichè si tratta di dar vita ad un nuovo privilegio, è mestieri che le parti siano in quel punto rivestite della occorrente capacità (39).

14. Del resto, dove avvenga che in forza del deperimento della cosa gravata, il proprietario acquisti il diritto alla prestazione di una somma; il privilegio e l'ipoteca non restano assolutamente estinti, perchè invece della cosa, colpiscono la somma che ne tiene il luogo. Questo principio trovasi espressamente applicato alla somma dovuta dagli assicuratori per indennità, non che alla somma dovuta per causa di espropriazione di pubblica utilità, o di servitù imposta dalla legge. E nulla osta, a mio avviso, che venga applicato ai casi analoghi, come per esempio, alla somma dovuta dalla persona che sia responsabile del deperimento, perocchè è desso un principio che discende direttamente dalla ragion naturale.

# NOTE

(1) *Inst.*, § 6 *de legat.* e § 3, *de usuf.* — Fr. 20, § 2 — Fr. 23, 24, D. *de serv. praed. urb.* — L. 1, in fin, C. *de iur emph.*

(24) Fr. 8, pr., D. *quib. mod. pign.* — *Sicut re corporali extincta ita.... pignus vel hypoteca extinguitur.*

(3) Arg. Fr. 24, D. *quib. mod. usuf.* — *....Nam alveo mutato, inde manere caeperit, amitti usumfructum existimo, cum hic locus alvei pubblicus esse caeperit....* — Ma è da notare che senza il consenso del creditore ipotecario di regola non può il proprietario compiere quei fatti dai quali risulterebbe il deperimento giuridico (Fr. 2, § 9, D. *de relig.* — L. 2, 4, C. *de serv. pig.*).

L'ipoteca spariva anche quando la cosa vincolata cadeva nelle mani del nemico. V. Puchta, *Pandekten*, § 143, S. 217.

(4) Fr. 8, pr., D. *quib. mod. pign.* — Fr. 31, D. *de pign. et hyp.* — Fr. 15, D. *qui pot. in pign.*

(5) Fr. 54, D. *de reg. iur.* — Lo stesso dovrà forse dirsi del caso in cui l'ipoteca sia stata concessa da chi aveva acquistato sulla cosa un diritto di proprietà in forza di un titolo soggetto a condizione risolutiva? Accennando a questa quistione in un altro luogo, abbracciai l'opinione la quale sostiene che di regola la revoca del dominio opera solo *in personam*, di guisachè restano salvi i diritti acquistati dai terzi prima dell'avvenimento della condizione. E ciò perchè molti responsi di giureconsulti inseriti nelle Pandette dicono apertamente che il dominio non può essere trasferito *ad conditionem*, di guisachè avvenendo la condizione debba *ipso iure* ritornare all'alienante. Ma dopo un più profondo esame venni nella convinzione che Giustiniano derogando al diritto antico abbia ammesso la possibilità della traslazione del dominio nel modo or ora indicato (L. 2, C. *de donat. quae sub mod.*, e 26, C. *de legat.*, 3). Onde conchiudo che risolvendosi il dominio del datore dell'ipoteca, si risolva anche la ipoteca stessa.

(6) Arg. Fr. 3, § 2, D. *de usuf. aur.* — *Si duobus ususfructus legatur, et apud alterum consolidatus sit, ius acrescendi non perit,*

*neque ei apud quem consolidatus est, neque ab eo, et ipso, quibus modis amitteret ante consolidationem, eisdem et nunc amittit.*

Il Fr. 8, *quib. mod. pign.*, che sembra dire il contrario, si riferisce al caso in cui l'usufrutto, sul quale era stata imposta l'ipoteca, siasi estinto per la morte dell'usufruttuario.

(7) V. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, § 205, nota 4, e § 248.

(8) In questo caso il creditore in virtù del pegno ha diritto di esigere dall'antico debitore, o dal suo erede la stessa prestazione che si poteva esigere in forza del credito oppignorato.

(9) Fr. 21, D. *de pign. act.*

(10) Arg. § 18, *Inst., de legat.* — L'ipoteca non si estingue nemmeno per il deperimento di tutti gli individui esistenti nel momento in cui è nata, se altri individui sopravvissero dopo (Fr. 13, pr., *de pign. et hyp.*).

(11) Fr. 16, § 2, D. *de pign. et hyp.*

(12) Fr. 9, § 1, D. *de pign. et hyp.* — Fr. 12, § 10, D. *qui pot. in pign.* — L. 15, C. *de pign. et hyp.*

(13) Fr. 18, § 3, D. *de pign. act.* — *Si quis caverit ut silva sibi pignori essent navem ex ea materia factam non esse pignoris, quia aliud sit materia, aliud sid forma.*

Alcuni fanno eccezione per il caso che la specificazione sia stata operata dal proprietario stesso delle cose (Bremer, *Das Pfandrecht und die Pfandobjecte*, § 227, n. 7 — Voet, *Quib. mod. pign.*, n. 14). Ma questa eccezione, per quanto apparisca equa, non può ammettersi, ostandovi i termini generali della legge, e la ragione che la informa. Per lo stesso motivo non è da ammettere l'opinione la quale sostiene che l'ipoteca resta estinta anche quando la materia può ripigliare la primitiva forma (V. Dernburg, *Das Pfandrecht*, II, B. S. 560.

(14) Fr. 78, § 4, D. *de legat.*, 3 — Fr. 9, § 3, D. *ad exhib.* — Fr. 7, § 7 — Fr. 24, D. *de adq. rer. dom.* — *Inst.*, § 25, *de rer. divis.*

(15) Fr. 17, D. *de rei vind.*

(16) Windscheid, loc. cit., n. 9.

(17) Fr. 16, § 2 — Fr. 35, D. *de pign. et hyp.*

(18) Fr. 16, pr., D. *de pign. et hyp.* — Fr. 18, 55, § 1, D. *de pign. act.*

(19) Arg. Fr. 24, D. *quib. mod. ususf.* — Però la ipoteca che è stata estinta in forza della *bellica occupatio* da parte del nemico, rinasce se in seguito ha luogo il *ius postliminii* (Fr. 19, § 5 — Fr. 20, § 1, D. *de capt. et postl.*

(20) Cod. civ., art. 2029, n. 2, e arg. art. 1951.

(21) Cod. civ., arg. art. 1967, n. 1.

(22) Cod. civ., art. 1976. V. art. 1528, 1932, n. 3.

(23) Dicasi lo stesso del pegno costituito sopra un credito, riguardo al quale si verifica poi la riunione nella medesima persona delle qualità di creditore o di debitore.

(24) Cod. civ, art. 1966.

(25) L'opinione contraria a quella enunziata nel testo ha certo molti fautori fra i commentatori del codice civile francese, il quale però non contiene disposizioni corrispondenti a quelle degli articoli 468 e 520 del nostro codice. Ma costoro mentre si accordano nel principio che alla estinzione del privilegio basta che sia intervenuto un cambiamento per il quale, pur continuando a sussistere la materia onde la cosa è composta, deve tuttavia la cosa considerarsi come giuridicamente perita, vanno poi in diversa sentenza quando si tratta di fissare il criterio onde definire se il cambiamento sia tale che la cosa possa considerarsi come civilmente perita. Così, per citarne alcuni, secondo Grenier (*Des privileges*, II, pag. 40), la trasformazione opera quello effetto, quando toglie alla cosa l'*antica sua forma, la sua natura o la sua destinazione*, onde per esempio il privilegio sarebbe estinto se un gioiello d'oro fu convertito in un gioiello di diversa natura. Invece Troplong (*Des privileges*, I, n. 109), riproducendo il sistema romano dice che la cosa è civilmente perita solamente nel caso in cui la nuova specie non possa più riprendere la primitiva forma, cosicchè il privilegio continuerebbe a sussistere nell'esempio or ora addotto.

Or queste divergenze non sono esse una nuova prova che il principio dal quale pigliano le mosse i nostri avversarî non è un principio nel quale si possa riposar sicuri?

(26) Cod. civ., art. 468, 520. — Le disposizioni degli articoli 1313 del codice civile, e 688 del codice di commercio, relativo al diritto di rivendicazione, non possono essere invocate quanto al privilegio, non foss'altro perchè la condizione del creditore merita maggior riguardi che non quella del venditore, il quale deve a sè stesso imputare di essersi affidato alla garanzia personale del compratore.

Parimenti non si può invocare la disposizione dell'art. 892, capov., siccome quella che è fondata sulla interpretazione della volontà del testatore.

Posto intanto che il privilegio sussista, nasce il dubbio se esso si estenda anche al maggior valore che risulta dalla trasformazione. Il qual dubbio deve a mio avviso essere risolto affermativamente, sì perchè così richiede la disposizione per la quale l'ipoteca (e quindi anche il privilegio) si estende a tutti i *miglioramenti*, sì perchè la deduzione del maggior valore sarebbe sorgente di difficoltà sempre gravissime e talvolta inestricabili.

(27) Cod. civ., art. 414.

(28) Cod. proc. civ., art. 584, n. 5.

(29) Cod. proc. civ., art. 586, pr., n. 1.

(30) Cod. civ., art. 410, 411, 413, 414, 1967, n. 1.

(31) Però la trascrizione del precetto, se il fondo è posseduto dal debitore, o la intimazione del precetto trascritto se il fondo è presso un terzo possessore, immobilizza i frutti in favore del creditore

ipotecario e li sottrae quindi alla disponibilità del debitore, salvochè fossero già stati pignorati come mobili (Cod. civ., articoli 2021 e 2084).

La stessa regola vale per i frutti civili, riguardo ai quali io credo che la quota in corso di maturazione al tempo della trascrizione del precetto debbano alla loro scadenza essere integralmente immobilizzati in favore del creditore. Infatti la disponibilità di questi frutti in quanto deriva dal fatto della percezione, comincia solamente alla loro scadenza, e così in un' epoca nella quale per la trascrizione del precetto il proprietario più non può raccogliere i frutti.

(32) Arg. art. 606, cod. proc. civ. — V. Cassazione Torino, 2 marzo 1844; *Bettini*, VI, 1, 172 — Cagliari, 14 novembre 1865; *Bettini*, XVII, 2, 592 — Ancona, 31 dicembre 1863; *Bettini*, XV, 2, 896.

(33) Cod. civ., arg. art. 1126, 1171 — Fr. 9, pr., D. *de pign. act.* — *Si rem alienam debitor pignori dedit, aut* malitiose in pignori versatus sit, *dicendum est locum habere contrarium iudicium.*

(34) Se la separazione ebbe luogo, il creditore ipotecario non ha certo nessun diritto in confronto dei terzi possessori che li abbiano acquistati in buona fede. Ma in confronto del debitore, o dei terzi possessori di mala fede il creditore ipotecario ha diritto che siano reintegrati, salvo che, secondochè si pensa, siano già stati posti sotto la mano della giustizia per mezzo di un sequestro o di un pignoramento da parte di altri creditori (V. Pont, *Des privileges*, n. 420, e Duranton, t. XIX, n. 283).

(35) Cod. civ., art. 1882, 1958, n. 6.

(36) Cod. civ,, art. 1958, nn. 3, 4, 7, 8, 9.

(37) Cod. civ., art. e arg. art. 1958, n. 3.

(38) Cod. comm., art. 555 — *Contr.* Troplong, *De nantissement*, n. 243.

(39) Cod. civ., art. 1951.

AMM. PROV. DI TORINO
№ 15655
BIBLIOTECA
115426